

東洋大学学術情報リポジトリ Toyo University Repository for Academic Resources

死因贈与と遺贈の規定の準用--民法一〇二二条,一〇二三条の準用の可否について

著者	森 達
著者別名	T. mori
雑誌名	東洋法学
巻	26
号	1
ページ	25-44
発行年	1983-03
URL	http://id.nii.ac.jp/1060/00003607/

死因贈与と遺贈の規定の準用

——民法一〇二三条、一〇二三条の準用の可否について——

森 達

目次

序

- 一 民法の規定とその問題点
- 二 遺贈の規定の準用される範囲
- 三 主要判例
- 四 外国における取扱い
- 五 準用説とその批判

序

遺言の取消しに関する民法一〇二二、一〇二三条の準用（民五五四条）による死因贈与の取消し（撤回）については、これまでに判例もある程度の数にのぼっており、しかも判例は一貫してそれらの規定が死因贈与の場合にも準用

されるという立場に立っている。また、学説の多くもこの立場を支持しているようであるが、民法一〇二二、一〇二三条は死因贈与には準用されないという非準用説も有力に主張されている。そして、独立にこの問題を取り扱った論文や最高裁判例の評釈なども発表されているが、⁽¹⁾本稿においては最近の最高裁の判例のいくつかを紹介し、非準用説の立場からこの問題を再検討することにする。

注

(1) 末尾の「引用著書・論説・参考文献」の項参照。

一 民法の規定とその問題点

死因贈与は、贈与者の死亡によって効力を生ずべき一種の不確定期限付の贈与である。これはいわゆる贈与と異なつて、人の死後の財産に関する処分をなすことを目的とするものであるから、その経済的目的においては、遺言による財産処分である遺贈となら區別すべきものではない。すなわち、死因贈与においては、贈与者が自分の有する財産の減少を現在認容するのではなく、相続人に帰属すべき財産をそれに帰属させないという結果を生ぜしめるものであり、その意味では、相続人の犠牲において贈与を履行させるものといえる。

ところで、民法五五四条は、死因贈与に関する規定を設け、これを「遺贈ニ関スル規定ニ従フ」ものとしている。そこで、遺贈に関する諸規定のうち、いずれの規定が準用されるかについて判例・学説上争われている。

遺贈と死因贈与の経済的な目的は同一視されるとしても、その法的な性質は、死因贈与が契約であるのに対し、遺贈は単独行為であるから、とくに、遺言の取消し（撤回）に関する民法一〇二二条以下の規定の準用の有無が争いの中心となっている。すなわち、遺贈の場合「遺言者は、何時でも、遺言の方式に従って、その遺言の全部又は一部を取り消すことができる」（民一〇二三条）であり、また、民法一〇二三条は、「前の遺言と後の遺言が抵触するときは、その抵触する部分については、後の遺言で前の遺言を取り消したものとみなす。② 前項の規定は、遺言と遺言後の生前処分その他の法律行為と抵触する場合にこれを準用する」と規定しているので、遺贈の取消し（撤回）の自由が認められていることは明白である。遺言は、死者の最終の意思を尊重しようとするものであるからこれは当然みとめられるとしても、「契約」である死因贈与についてもこれらの一方的な取消しの規定が準用されるべきか否かが問題となるのである。

二 遺贈の規定の準用される範囲

民法五五四条は、死因贈与は「遺贈ニ関スル規定ニ從フ」と規定しているが、それは、死因贈与については遺贈に関する規定が「準用される」趣旨だと解されている（通説）。そして、準用の範囲については民法にこれを制限する規定がないことと、当初におけるその立法趣旨の解釈から、かつては遺言の方式ならびに効力に関する規定はすべて準用されるという説も主張されていた^①。しかし、死因贈与が契約であるのに対し、遺贈が単独行為であるところから、「遺贈の効力」に関する規定は準用されるが、「遺言能力、方式、承認・放棄に関する規定」は準用されないというの

が今日の判例・通説となっている。以下に、遺贈の規定のうち民法五五四条による準用が問題となるものについて個別的に検討する。

1 遺言能力（民九六一、九六二条）、および遺言の方式に関する規定（民九六七条以下）の準用。

死因贈与は「契約」として構成されているから、民法の行為能力に関する原則的な規定が適用されることになり、これを緩和する民法九六一、九六二条の規定は準用されず、この点については現在争いがない。

遺言の方式に関する規定も準用がないことは、判例および多数説の認めるところであるが有力な反対説もある。⁽²⁾すなわち、死者の真意の確保という要請は、死因贈与と遺贈において異なるところがないという理由から、右の態度に批判的な見解であるが、死因贈与⁽³⁾だけを他の生前の契約と異なつて特別の方式に従わしめる理由はない。それは、他のすべての契約においても当事者の死後において問題となりうるであらうし、また、遺言に特別な方式が要求されるのは、人の死亡によって効力を生ずるというだけでなく、それが単独行為であることと結合してのみ理解しうるからである。

かように、死因贈与については遺贈のように特別な方式は要求されないが、ただ、書面によらない贈与の場合、民法五五〇条による撤回を認めうるのにとどまる。

2 遺言の効力に関する規定（民九八五条以下）の準用

遺言の効力に関する規定が死因贈与に準用すべき最も重要なものに属することについては異論をみない。しかし、遺贈の承認・放棄に関する規定（民九八六―九八九条）や、包括遺贈に関する民法九九〇条のような規定は、その性

質上準用の余地がない。ただ、民法九九四条は準用があり、受贈者が贈与者の死亡前に死亡したときは、死因贈与はその効力を失うというのが通説となっているが、これにはなお問題が残る。すなわち、学説は一般に民法九九四条の準用を認めるとはいえ、その根拠は必ずしも明確ではない。しかも、準用される民法九九四条の根拠ですら、特定人への権利の移転が重視されるからという他にはそれ程説得力あるものはなく、単に比較法的な論拠が与えられているに過ぎないからである。なお、判例には準用を否定したものもみえているが、一般に判例は不確定の状態といえる。

3 遺言の執行に関する規定（民一〇〇四条以下）の準用

遺言の執行に関する規定も原則として準用があるが、遺言の検認・開封に関する規定（民一〇〇四、一〇〇五条）は、その性質上準用の余地がない⁽⁶⁾。

4 遺言の取消しに関する規定（民一〇二条以下）の準用

遺言の取消し（撤回）に関する民法一〇二条の準用の有無は本稿における中心的な課題であるが、古くから学説の分れるところとなっている。多数説は、主として比較法制史的論拠と、死因処分においては処分者の終意を尊重すべきことを論拠として、準用を認めるべきであるとする。末弘博士はその論文「死因贈与ニ就テ」⁽⁷⁾において初めてこの点を指摘し、つぎのように論じている。

「……蓋シ死因贈与ハ一ノ契約ナルヲ以テ濫リニ贈与者一方ノ意思ヲ以テ任意ノ取消ヲ許スハ契約一般ノ原則ニ反スルノ感アレハ也然レトモ既ニ上述セルカ如ク現ニ羅馬法ニ於テハ別段ノ定メナキ限り贈与者ハ任意ニ取消ヲ為シ得ヘキコトヲ認メ又普国民法ニ於テモ特約ヲ以テ取消権ヲ留保シ得タルノミナラス贈与者死後ノ財産状態ニ関スル

処分ハ成ル可ク其死亡ニ近接セル時期ノ意思ニヨリテ之ヲ決セシムルヲ適當トスヘキニヨリ死因贈与ハ純理上取消権ヲ伴フコト能ハサルモノナリト解スルノ必要毫モ存在スルコトナシ故ニ民法ハ寧ロ死因贈与ハ契約ナルニ拘ラス特ニ其ノ任意取消ヲ許シタルモノナリト解スルヲ正當トスヘシ……」(三九—四〇頁)

それ以来、学説もこの準用説に同調するものが多くみえて⁽⁸⁾いる。

一方、死因贈与は契約であり、当該契約により受贈者に不確定期限付の権利を取得させるものであるから、この期待権は保護されるべきであつて(民一二八条参照)、単独行為である遺贈とは異なり、任意に撤回を許すべきではないという学説も一方に存在し、遺言の取消し(撤回)に関する規定の準用についてはなお検討の余地があるとして、準用を否定する説も有力に主張されている⁽⁹⁾。

注

(1) 横田・二五四、村上・三五七。

(2) 最三判昭三二・五・二一民集一一・五・七三二、大判大一五・一二・九民集五・一二・八二九。

鳩山上・二二七、石田・六五、末川・二四、宗宮・一一五、我妻中一・二三七、中川淳「贈与と書面」契約法体系Ⅱ・二三。

(3) 広中上・四三。

(4) 注釈民法(一四)五五四Ⅱ(柚木)参照。我妻中一・二三七、広中上・四四。

(5) 大判昭八・二・二五新聞三五三一・七。

(6) 昭三七・七・三最高裁家二第一一九号家庭局長回答家裁月報一四・八・二二九(肯定説の例)、東京家審昭四七・七・二

八判時六七六・五五（否定説の例）。

（七） 法学新報二六・四・二九―。

（八） 鳩山上・二七七、末弘・三四七、石田・六五、末川・二四、勝本・一五五、宗宮一一五、谷口「死因贈与の方式と遺贈に関する規定準用の有無」民商法雜誌三六・五・七二。

（九） 岡村・一九五、我妻中一・二三七、柚木・高木・注釈民法・三八鈴木禄弥・相続法講義四など。

三 主要判例

1 準用を肯定した最高裁判決（昭四七・五・二五）^{（一）}

本件は、夫が、生前、妻に対して不動産の死因贈与をしたが、夫婦関係が破綻したのち、夫が贈与の取消しの意思表示をし、その後、夫が死亡したという事案で、その取消しの効力が問題となったものである。

すなわち、死因贈与について遺贈の規定（民一〇二二条）の準用による取消しの可否が問題とされたのであるが、本件では一方において夫婦間における契約の取消権（民七五四条）の問題にもふれられている。しかし、この取消権は、夫婦が正常な関係にある間に限られるので、これは認められなかった。

本件の上告理由の一つとして、上告人は、「原判決には、死因贈与は夫婦間の契約取消権によって取り消しえないものであると解しながら、右民法一〇二二条の準用によってその取消を認めた理由そこの違法がある」と主張したが、これに対して最高裁は、「……死因贈与については、遺言の取消しに関する民法一〇二二条がその方式に関する部分を除いて準用されるべきである。けだし、死因贈与は贈与者の死亡によって贈与の効力が生ずるものであるが、か

る贈与者の死後の財産に関する処分については、遺贈と同様、贈与者の最終意思を尊重し、これによって決するのを相当とするからである。そして、贈与者のかかる死因贈与の取消権と、贈与が配偶者に対してなされた場合における贈与者の有する夫婦間の契約取消権とは別個独立の権利であるから、これらのうち一つの取消権行使の効力が否定される場合であっても、他の取消権行使の効力を認めうることはいうまでもない。それゆえ、原判決に所論の違法は存しないというべきである……」と判示した。

遺言の取消しとの関係について、この判決は、昭和一六年の大審院判決⁽²⁾を踏襲したものである。同判決は、遺贈は要式の単独行為であり、死因贈与は不要式の契約であつて、その性質上の差異からして、遺贈の規定のうちでも、要式の単独行為に基づくものは準用されないとし、さらに、「民法一二二四（現民一〇二二条）の規定についても、遺言者は何時にてもその遺言の全部または一部を取り消すことを得るといふ部分は、これを死因贈与に準用しうるが、その取消しは遺言の方式に従うべしとなす部分は、これが準用なきものと解するを相当とす」と判示した。死因贈与は贈与者の死亡によって効力を生ずるものであるが、かかる贈与者の死後の財産に関する処分については、遺贈と同様、贈与者の最終意思を尊重し、これによって決するのを相当としたものである。

2 後になされた遺贈により先の死因贈与の効力が否定された事例（宇都宮地裁、昭五五・七・三〇民二部判決⁽³⁾）
 本件は、自己の所有地を他人に死因贈与し、その後同じ土地を第三者に遺贈したのち死亡したという事案で、内容の抵触する両法律行為の効力が争われたものである。本判決は、前掲の昭和四七年の最高裁判例と同様に、肯定説にたち、死因贈与について遺贈の効力に関する規定が準用されるところとした上で、民法一〇二三条二項が規定する事例――

遺言と遺言後の生前処分その他の法律行為との抵触——とはいわば逆の事例について、同条一項の準用により、後の遺贈で前の死因贈与を取り消したものとみなした。すなわち、同判決によると、死因贈与が贈与者の死亡を法定条件として贈与の効力を生ずる契約であり、単独行為たる遺言による財産の無償譲与である遺贈とは法的性質を異にするものではあるが、両者とも等しく贈与者若しくは遺贈者の死亡によってその効力を生ずる死後の財産に関する処分を目的とした行為であり、さらに相続財産から受贈者若しくは受遺者が利益を得るなどの点で両者がともに贈与者もしくは受贈者の意思、経済上の目的を共通にしているところから、死因贈与という贈与者の死後の財産に関する処分については、遺贈と同様に、贈与者の最終意思を尊重し、これによって決するのを相当とするからにはかならず、したがって、死因贈与には、遺贈に関する規定が準用されるものと解するのを相当であるとし、本件の死因贈与は、その後になされた遺贈によってその効力を失ったと判決した。

3 不動産の死因贈与後に贈与者が抵当権を設定した場合と死因贈与の帰趨について（昭四九・二・二〇民三部判決——控訴）⁽⁵⁾

本件は、特定の不動産を死因贈与した者が、原因を売買予約とする所有権移転請求権保全の仮登記手続をした後に、金融をえる目的で当該不動産に抵当権を設定するために右仮登記を受贈者に無断で抹消し、金融機関との間で根抵当権の設定契約を結んだのちに死因贈与者が死亡したというものである。これに対して受贈者が、仮登記の回復登記およびこれに基づく本登記の請求をするにおよんだので、死因贈与者による仮登記の抹消および抵当権の設定行為が、死因贈与の取消しにあたるか否かが争点となったものである。

これに対して控訴審においては、死因贈与については遺贈に関する規定が準用され（民五五四条）、贈与者は、受贈者に対する意思表示によって、何時でも死因贈与の取消しをすることができるし（民一〇二二条）、死因贈与と贈与後の生前処分その他の法律行為と抵触する場合、抵触する範囲において死因贈与を取り消したものとみなされる（民一〇二三条二項）とした。すなわち、右死因贈与の範囲で有効と認めたのであるから、結局、この判決も、昭和四七年の最高裁判決と同じ基礎に立った上で、その具体的な適用例を示したものといえる。

4 死因贈与に遺言の取消しに関する民法一〇二二条の準用が認められなかった事例（昭五六・一〇・一四民三部判決）⁽⁷⁾

本件は、裁判上の和解によって土地の死因贈与がなされたものであるが、贈与者は生前に右土地を他の者に譲渡したので、その譲渡行為による死因贈与の取消しが問題とされた。これに対して裁判所は、「死因贈与であっても、その成立の経緯に照らして贈与者が死亡時に受贈者に対して贈与物の所有権を移転することを確定的に約したものと認められ、かつ爾後における取消し又は変更を許すことが明らかに不相当と認められる特別の事情がある場合においては、贈与者の最終意思を尊重することを建前とする遺贈と同一視すべきものではないから、かかる死因贈与については、遺言の取消しに関する民法一〇二二条は準用されないものと解するのが相当である」とした。

この判決は、基本的には通説およびこれまでの判例の立場に従って準用説をとっているようである。ただ、例外的にその準用を否定すべき場合のあることを示したものとみられるから、ここに判例変更があったとみることはできないであろう。しかし、契約としての死因贈与に対する取扱いの変化をうかがうことができる。

5 負担付死因贈与の場合（最判昭五七・四・三〇）

本件は、負担の履行期が贈与者の生前と定められた負担付死因贈与の場合について、受贈者が負担の全部またはこれに類する程度の履行をした場合には、該契約締結の動機、負担の価値と贈与財産の価値との相関関係、契約上の利害関係者間の身分関係その他の生活関係等に照らし、右契約の全部または一部を取り消すことがやむをえないと認められる特段の事情がない限り、民法一〇二二、一〇二三条の各規定は適用されない、と判決した。負担付でない死因贈与の場合についても参考とすべきものであらう。

注

- (1) 最高裁昭四六(ホ)一一六号、昭四七・五・二五、一小判決、上告棄却、民集登載一審福岡地裁久留米支昭四一(ハ)七号、昭四三・九・五判決、二審福岡高裁昭四三(ホ)五九三号、昭四六・九・二九判決。
- (2) 大判昭一六・一一・一五、法学一一・六・六一六。
- (3) 宇都宮地裁昭五二(ハ)一四号、昭五五・七・三〇民二部判決、一部棄却、一部取消（確定）、一審宇都宮簡裁昭五一(ハ)一四四号ほか、昭五〇・七・五判決。
- (4) 前掲注(1)最判八〇五頁。
- (5) 広島地裁昭四三(ハ)八九八号、昭四九・二・二〇民三部判決、一部認容、一部棄却（控訴）。
- (6) これが要件とされる根拠は不明である。本稿に引用した判例は必ずしもこれを要件とせず、黙示の表示の認定についてもふれていない。
- (7) 東京高裁昭五一(ホ)二八八号・同五二(ホ)一七一〇号、昭五六・一〇・一四民三部判決、二八八号事件控訴棄却、一七一〇号

事件認容（上告）、一審東京地裁昭四七の九六六六号、昭五一・一・二七判決。

（8） 最高裁昭五六(ホ)四八七号、昭五七・四・三〇、二小判。

四 外国における取扱⁽¹⁾

1 フランスにおいては、古くは特別な死因贈与 (*donation à cause de morte*) の制度を認め、

(1) 受贈者が贈与者より長生することを条件とすること、および、

(2) 贈与者はいつでもこれを撤回できるという特約で撤回権を放棄することを許さない、

という二点をその特質としていた。その後、遺贈のほかにこの種の契約を認めることを無意味と考えるようになり、この制度は廃止されるにいたったため、死後処分はすべて遺言の形式でなされることになった。そこで、現行フランス民法では、無償名義の財産処分としては、生前贈与 (*donation entre vifs*) と遺言 (*testament*) を認めるにとどま^て（フ民八九三条）、その中間に位する死因贈与なるものを法定していない。

2 ドイツ普通法は、単独行為による遺贈のほか、ドイツ固有の慣習法に従って、契約による遺贈を認めたので、死因贈与と遺贈契約との併立をみるにいたった。ところが、この両者の間には多少の差異はあるが、これらを併存させる実益が少なかったので、将来の立法に際してはそのいずれかを廃止すべき情況となった。そこで、ドイツ民法は右の二つの制度の併存を全く無意味であるとし、死因贈与に関する特別の規定を全部廃止して、第二三〇一条に「受贈者が贈与者より長生することを条件となされた贈与契約には死後処分 (*Verfügung von Todes wegen*) に関する

る規定を適用す……贈与者が贈与の目的物の給付によってその贈与を履行したときは、生存者間の贈与に関する規定を適用する」との規定を設け、従来死因贈与と称せられるものの一部分はこれを遺贈 (Vermächtnis)⁽²⁾、もしくは相続人指定を目的とする相続契約 (Erbvertrag)⁽³⁾ であるとし、他の一部分はこれを通常の生前贈与として取り扱うにいたった。

3 スイス債務法も、ドイツ民法とはほぼ同様の規定を設けている(第二四五条二項)。

4 英米法においては、無償行為一般について伝統的な約因理論の支配する領域と考えられるが、死因贈与は、*donatio mortis causa*; *donation mortis causa* (*in prospect of death*); *gift causa mortis* といふ、通常の贈与 *donatio inter vivos* (*between living persons*) と區別されている。すなわち、

- (1) 疾病もしくは生命の危険にあって死の近いことを予期した者が、
 - (2) 動産の占有を他人に引き渡し、
 - (3) その疾病、危険によって死亡したときに所有権を他人に与える、
- というものである。

これは贈与者の死亡を条件として受贈者が完全な所有権を取得するものであるから、つぎのような場合には死因贈与は効力をもたない。すなわち、

- (1) 贈与者が予期に反して生きながらえた場合、
- (2) 贈与者が意思をひるがえした場合、

(3) 受贈者先死の場合、

がそれである。そこで、英米法においては死因贈与には撤回の自由が認められている。また、死因贈与について生前贈与と同一の要件を充足することが要求されるから、通常の行為能力を備えることを要する。

注

(1) 外国における死因贈与の取扱いについては、参照すべき最小限度にとどめ、詳細な研究は別の機会に譲る。

(2) BGB §§2147~.

(3) BGB §§2274~.

五 準用説とその批判

1 贈与契約の特質

死因贈与も贈与の一種であるから、社会的にも法的にも、基本的には贈与としての特質を有している筈である。そこで、第一に贈与契約の社会的・法的な意義について考える。

近代社会における贈与は、恩恵・好意・謝意などの情誼を動機としてなされるものであるから、本来、道徳・倫理・宗教・慣習などによる拘束のみで、法規範の外におかれるべきであったといえるが、それが法的には無償契約として確立してきたと考えられている。そして民法は、贈与を無償行為の典型として「契約」と構成しながらも、その履行義務を制限している。すなわち、民法五五〇条本文は、贈与が書面によらない場合は各当事者においてこれを取

消し（撤回）しうるものとし、また、五五一条は、原則として贈与者は贈与の目的たる物または権利の瑕疵または欠陥につき責任を負わない旨を規定している。さらに、贈与は遺留分滅殺請求権の目的となり（民一〇二八条以下）、債権者取消権（民四二四条以下）の目的となることも多いので、一般の有償契約より弱い効力しかもたないといえる。また、立法例によっては、贈与者に特別な撤回権を認めるものがあり（ドイツ・フランス法⁽¹⁾）、英米法においては最も徹底しており、無償の取得者は保護されないのが原則となっている。しかし、日本民法においては、贈与契約が弱い効力しかもたないとしても、右の規定以外に任意撤回を認めるべき理由は存在しない。

2 遺贈・死因贈与の併存

遺贈は、財産の全部または一部を処分する遺言であって（民九六四条）、単独行為であるから、契約である贈与ないしは死因贈与とは根本的に法的性質を異にしている。ただ、贈与者（遺贈者）の死亡によって効力を生ずる点で、死因贈与は遺贈と共通している。実質的にも死因贈与は、贈与のように贈与者の財産の減少をもたらすものでなく、相続人に帰属すべき財産を減少させるという点で遺贈に近い。また、契約時ないしは遺言作成時とその効力発生時の間に、重要な時間的間隔が存在しうる点も、両者に共通な性格といえよう。しかし、その近似性だけの理由から、いったん契約が有効に成立した場合には、任意取消しを認めてよいということにはならない。

さらに、遺贈が単独行為としてその撤回の自由が認められ、一方、死因贈与は契約であってもその両者の近似性の理由から、死因贈与について規定する民法五五四条による民法一〇二二条の準用によって撤回の自由を認め、さらに方式についても遺贈の規定によるべきであるとするならば、もはや死因贈与・遺贈の両者を併存せしめることが現行

法上必要であるかどうかが根本的に問われなければならない。贈与・死因贈与・遺贈の三者を統一的に把握しようとする場合の修正ないしは立法論としては、前述のドイツ・フランス法あるいは英米法におけるそれらの取扱いが参考となるであろう。

この点はさらに別の機会に検討することとして、最後に、両制度を併存させている現行法の立場に立って、遺贈の撤回を認める規定の準用の可否を検討する。

3 準用説の批判

民法五五四条による遺贈の規定の準用について、民法にこれを制限する規定は存在しないとしても、遺贈が単独行為であることに由来する規定は当然除外されるべきである。死因贈与が「不確定期限付（ないしは条件付）⁽²⁾」の契約であって、受贈者が期限（条件）付の権利を取得しているのであれば、民法一二八条の規定する期待権が認められるべきである。その侵害は特段の事情が存しない限り許されるべきではなく、しかも、右の取消し（撤回）が書面による場合でも認められるという判例の態度は、契約としての死因贈与の性質上不合理という他はない。

贈与は、対価的交換関係に立つ双務契約に対して、一般に純粋利他的な契約と考えられている。比較的純粋な贈与としては、いわゆる寄付のほか親族間でなされるものが多く、扶養のため、あるいは特に遺言と同じく法定相続分を修正するためとか、生前に相続分にあたるものを渡すために贈与しておくような場合がある。したがって、その他の場合には、必ずしも単純な、一方的な利他的行為とは考えられない場合が多い。とくに贈与契約は、その背景となる事実関係と切り離して考えることはできない。現在、対価的な交換が約定されていなくても、相手方は何らかの形

で負担を負うか、過去においてこれを負ったか、あるいは将来における負担が予測される場合が多く、それらが常に贈与の原因関係として存在しているのである。さらに、なんらの具体的負担が存在しなくても、受贈者は贈与契約（死因贈与）の存在を意識し、将来における権利の取得を期待し、その期待の上に立って自己の新らしい生活関係・契約関係に入ってゆくのである。したがって、そこに生じた「期待」を一方的に、何ら正当な根拠もなく侵害することを認めるような解釈は到底認容し難い。

準用説を採用する場合に生ずべき不合理な結果について、一つの例を想定してみよう。ある者が、自己に属する特定不動産をAに死因贈与した後、同一目的物をBに遺贈する遺言を作成したとする。何年か後に贈与者が死亡した場合、後になされた遺贈によって死因贈与は有効に撤回されたことになるから、遺贈の事実を全く知らず、自分が受贈者であり権利を取得すると期待して生活してきたAにとって、これはまさに詐欺行為となろう。終意尊重とはいえ、受贈者Aはなぜそこに通常生ずると考えられる不利益・損失を甘受しなければならないだろうか。ただ、逆に自己に属する特定不動産をある者に遺贈し、同一不動産を生前に他の者に死因贈与したような場合には、後の死因贈与が撤回可能（たとえば、民五五〇、七五四条などによる）なものでない限り、贈与者死亡の場合に死因贈与が効力をもつ。民法一〇二三条二項の適用される場合だからである。

歴史的にみると、古い時代には贈与は有償であったといわれている。⁽⁴⁾すなわち、贈与がなされる場合、その契約自体は無償の形をとっていても、その実質は相手から受け取った利益に応えるものであったり、あるいは将来受け取れることを期待している利益の呼び水としてなされたのであり、その意味で贈与は共同体内部における物質流通の機能を

有し、売買・交換・贈与といった財貨移転の法的手段の間に明確な区別はなかった。その後、それらの全体の関係とは切り離されて、次第に無償の贈与が法的に効力を有するものとされるにいたったのであるが、この「贈与行為の有償性」は単なる歴史的事実であるにとどまらず、現代社会においても十分考慮されるべきことであると思う。同様な意味で、負担付死因贈与について、特段の事情のない限り「民法一〇二二、一〇二三条は適用されない」として撤回の自由を認めなかった最高裁判例⁽⁵⁾は、単純な死因贈与の場合にも考慮されるべきものと考ええる。

準用説は、主として比較法的な根拠に立ち、最終意思の尊重ということによって任意撤回を認めようとするものであるが、それだけでは十分な根拠とはいえない。死因贈与のみが遺贈と異なるとくに相続人を不利益な立場に陥れるということも考えられないばかりでなく、契約時と履行時との時間的間隔の問題は、とくに事情変更との関連で問題となるが、事情変更による解約を認める限り、それ自体の問題として判断することが可能であるから、贈与者に常に一方的な撤回を無条件に認めなければ不合理・不公平が解消されないとは考えられない。

死因贈与は相矛盾した二つの要素の上に成り立っていることは事実であるが、現行制度の基礎に立ってその契約的側面を強調したとしても、なおそれは贈与に他ならないのであるから、贈与者がその履行を欲しないならば、通常の合意解除・撤回権留保付の合意をするか、とくに事情変更による解約ないしは信義則の適用による履行義務の制限が考えられる。さらに、民法五五〇、七五四条による撤回が独立して許されることは判例の認めるところである。

したがって、具体的な適用にあたっては、判例のように民法一〇二二条による任意撤回を認めるのを原則とし、それが不当であるという特段の事情が存するときに例外的にそれを否定するのではなく、むしろ契約は拘束す

るという原則にたった上で、贈与の効力を制限する諸規定に従わしめる外、これを強行することが不相当と認められる特段の事情がある場合に、例外的に撤回を認めるべきであろう。そこで、現行法の解釈としては非準用説が相当であり、さらに広汎な準用を認めるならば、贈与一般と遺贈について新たな立法措置を講ずるべきものと考ええる。

注

(1) 受贈者の忘恩行為(ドイツ民法五三〇条以下、フランス民法九五三条以下)。贈与者の窮乏(ドイツ民法五二八条)。贈与後の子の出生(フランス民法九五三条以下)。

(2) 死因贈与は「不確定期限付」の契約と解するのが正当と考えるが、一般には、条件付あるいは、停止条件付契約であると表現されている。受贈者先死の場合には効力を失う(民九四条の準用の有無について問題のあることは前述した)とすれば、法定条件の付された契約であらうし、撤回権の留保されているのが死因贈与であると解するならば、黙示の解除条件付契約である。

(3) 夫婦間の契約の場合には民法七五四条の規定がある。

(4) 久保正幡「ゲルマン古法に於ける贈与行為の有償性」中田先生還暦祝賀法制論集所収(昭和二年)(西洋法制史研究(昭和二年、岩波))所収。

(5) 昭五六年(四)四八七号、昭五七・四・三〇、二小判。判時一〇四〇—一四五。

〔引用著書・論説・参考文献〕

末弘厳太郎 債権各論(第一部)(大七年)

横田秀雄 債権法各論(大九年)

死因贈与と遺贈の規定の準用

村上恭一 債権各論（大一〇年）

鳩山秀夫 増訂日本債権法各論上（昭七年）

末川 博 債権各論（第一部）（昭一四年）

勝本正晃 債権各論第一卷（昭二三年）

岡村玄治 債権法要論（各論）（昭二六年）

宗宮信次 債権各論（昭二七年）

我妻 栄 債権各論中卷一（民法講義V₁）（昭二九年）

石田文二郎 債権各論（昭三一年）

柚木 馨 債権各論（契約総論）（現代法学全集）（昭三一年）

広中俊雄 債権各論講義上卷（昭四〇年）

末弘厳太郎 「死因贈与ニ就テ」法学新報二六卷四号二九頁。

谷口知平 「死因贈与の方式と遺贈に関する規定準用の有無」民商三六卷五号七二頁。

中川 淳 「死因贈与の取消と民法一〇二二条」民商六八卷二号七六頁。

石川利夫 「死因贈与とその取消」別冊ジュリスト家族法判例百選（新版・増補）一九七五年三三七頁。

山脇貞司 「死因贈与とその取消」別冊ジュリスト家族法判例百選 一九八〇年二五二頁。

山崎賢一 「遺言・死因贈与とその取消」家族法の理論と実務（別冊判例タイムス八号）三八七。

同 新版民法演習5 親族法・相続法、二一五。